



*Documentos de Trabajo del Departamento de
Derecho Mercantil*

2017/108

Junio 2017

**GRUPOS DE SOCIEDADES Y DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES
(UNA APROXIMACIÓN A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 11 DE DICIEMBRE DE 2015)**

Juan Sánchez-Calero Guilarte

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
E-mail: jscalero@der.ucm.es

<http://www.ucm.es/dep-derecho-mercantil>

Documento depositado en el archivo institucional *EPrints Complutense*
<http://eprints.ucm.es/>

Copyright © 2017 por el autor

**GRUPOS DE SOCIEDADES Y DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES (UNA
APROXIMACIÓN A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 11 DE DICIEMBRE DE 2015) ***

Juan Sánchez-Calero Guilarte

Catedrático de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid

Resumen: La sentencia de 11 de diciembre de 2015 se ocupa del interés del grupo. Un concepto relevante en el debate sobre los grupos y cuya aplicación inspira la doctrina de las ventajas compensatorias.

Palabras clave: Grupo de sociedades, Tribunal Supremo, interés del grupo, ventajas compensatorias, responsabilidad de administradores.

Abstract: The judgment of 11 December 2015 deals with the interest of a group of companies. A relevant concept in the group's debate, that inspires the compensatory advantages theory.

Keywords: Groups of companies, Supreme Court, group's interest, compensatory advantages, directors liability.

* Versión escrita de la intervención del autor en la sesión que el Círculo Mercantil de Bilbao celebró el día 21 de abril de 2016. Algunos párrafos de la misma están inspirados en la entrada publicada previamente con el título "Administradores de una sociedad filial: deber de lealtad v interés del grupo", el 20 de enero de 2016 en el Blog de Juan Sánchez-Calero: www.jsanchezcalero.com

SUMARIO:

1.	AGRADECIMIENTO	4
2.	LA REALIDAD DE LOS GRUPOS	4
3.	EL DEFICIENTE TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES	6
4.	EL VALOR DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN ESTA MATERIA.	11
5.	EL CASO RESUELTO POR LA STS DE 11 DE DICIEMBRE DE 2015: DESCRIPCIÓN.	12
6.	EL ABANDONO DE LA VISIÓN PATOLÓGICA DEL GRUPO	13
7.	LAS INSTRUCCIONES QUE CONCRETAN LA RELACIÓN DE GRUPO	14
8.	LAS VENTAJAS COMPENSATORIAS Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL	15
9.	GRUPO DE SOCIEDADES Y DEBER DE LEALTAD	19
10.	RECAPITULACIÓN	23

1. AGRADECIMIENTO

Agradezco la oportunidad de participar en esta primera sesión del Círculo Mercantil, un foro que estoy seguro que con el paso de los años se va a convertir en una de las referencias del debate sobre la realidad de nuestra legislación mercantil. Se me ha invitado a tratar un caso concreto que ilustra un conflicto surgido en el seno de un grupo de sociedades. Es un conflicto que conduce a abordar el problema básico que, en mi opinión, afecta a los grupos, así como para comprobar una de sus manifestaciones particulares. El que he llamado problema básico es conocido y consiste sencillamente en la falta de una respuesta legislativa adecuada a una realidad societaria y empresarial de notable alcance. Los grupos se convierten en una categoría que ofrece un amplio catálogo de conflictos previsibles, en gran medida como consecuencia del desencuentro entre la realidad y la deficiente –por insuficiente– respuesta normativa.

2. LA REALIDAD DE LOS GRUPOS

Partamos de la realidad que depara la constante apelación práctica a la configuración de grupos societarios de manera distinta (subordinación, coordinación, etc.) como técnica empresarial de organización, que se utiliza tanto en el ámbito de las medianas empresas como en el de las grandes corporaciones que protagonizan nuestros mercados de valores. Si nos detenemos un momento en estas últimas, las sociedades cotizadas que integran el IBEX 35 son en no pocos casos la sociedad dominante de un grupo. En todos los supuestos, la actividad del grupo nos sitúa ante dos tipos elementales de problemas. El primero es el que podríamos describir como el que se genera en el ámbito interno de un grupo, atendiendo a las relaciones entre las distintas sociedades vinculadas, esto es, entre sus

administradores, los socios y también en las relaciones con los acreedores de cada una de ellas. Junto esa categoría problemática, aparece otra que de manera simplista podríamos calificar como el problema externo: la tensión clásica y conocida que se advierte y denuncia entre la apariencia o presencia del grupo ante terceros (si se prefiere, ante el mercado) y los límites de la personalidad jurídica de cada uno de sus integrantes. Mi exposición va a abordar alguno de esos problemas, contando con el incentivo del análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015¹ (a la que me referiré en adelante como la “Sentencia”). Esta Sentencia nos traslada a la primera de las categorías de problemas antes mencionadas, es decir, a la que apunta a la relación entre la sociedad dominante y una de sus filiales. Junto a ello, el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad filial jugará un especial papel a la hora de abordar otro de los problemas clásicos: la responsabilidad de los administradores en el marco de las relaciones de grupo y, en concreto, de la ejecución de las decisiones que afectan a las distintas sociedades. Sin necesidad de precisar en estas primeras líneas cuál ha sido el contenido de dicha Sentencia, acredita el interés de la misma la abundante atención bibliográfica que ha merecido².

¹ RJ 2015, 5440

² v. entre otros, EMBID IRUJO, J.M., “Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala primera) de 11 de diciembre de 2015, RDM 300 (2016), p. 301 – 320; MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Límites al interés de grupo, deber de lealtad y responsabilidad de los administradores de la filial. STS de 11 de diciembre de 2015, núm. 695/2015 (RJ 2015, 5440)” CCJC 102 (2016), p. 99 – 128; MIÑANO GONZÁLEZ, E., “Responsabilidad del administrador de una sociedad filial por desvío de la clientela a otra sociedad del mismo grupo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5440)”, CCJC 102 (2016), p. 129 – 160; ARAGÓN TARDÓN, S., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades filiales frente al interés del grupo”, RDBB 143 (2016), p. 283 – 293.

3. EL DEFICIENTE TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

En estos apartados introductorios considero oportuno profundizar en la circunstancia ya destacada de la falta de un adecuado tratamiento legislativo para los grupos. No estoy describiendo un hecho, sino avanzando una opinión a favor de la conveniencia de contar en nuestro ordenamiento con algunas disposiciones que sirvan para hacer frente a los aspectos básicos del desarrollo de la actividad de un grupo. Como veremos al diseccionar el contenido de la Sentencia de 11 de diciembre de 2015, no son pocos los aspectos allí resueltos en los que cabe echar de menos una posible solución legal. La agenda legislativa durante los últimos decenios ha puesto de manifiesto una voluntad de política legislativa reacia a abordar la regulación sustantiva de los grupos. Supongo que porque existen partidarios de mantener el *statu quo* actual y dejar que sean nuestros tribunales los que se encarguen de establecer criterios de resolución para los principales conflictos que caigan bajo su ámbito de decisión. No me parece que esa sea la solución adecuada. Siendo justos con la realidad, no podemos ignorar los trabajos prelegislativos que son útiles a la hora de concretar la percepción del grupo como un problema jurídico. Porque esos trabajos permiten abandonar la simple y abstracta evocación de reglas particulares para los grupos y nos ofrecen ejemplos precisos de lo que podría ser ese deseable régimen fundamental de la disciplina societaria de los grupos. La primera referencia debe ser a la Propuesta de Código de Sociedades de 2002³. La segunda nos lleva a trabajos más próximos: los que desembocaron en el

³ *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, ALBERTO BERCOVITZ Y ANGEL ROJO, (Madrid 2002), p. 217.

Anteproyecto de Código mercantil de 2013⁴. Ambos antecedentes contienen propuestas que apuntaban de manera directa al problema suscitado en la Sentencia y que por ello justifican una breve referencia.

De la Propuesta de Código de sociedades mercantiles interesa recordar lo dispuesto en los artículos 594 y 595

“Artículo 594. Instrucciones a los administradores de la sociedad dominada

1. A partir de la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» de la integración de una sociedad en un grupo, los administradores de la sociedad dominante tendrán la facultad de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la sociedad dominada aunque la ejecución de esas instrucciones pueda ocasionar daño a esta sociedad.

2. En ningún caso las instrucciones impartidas podrán ser contrarias a la Ley o a los estatutos de la sociedad dominada.

Artículo 595. Compensación adecuada a la sociedad dominada

1. En el caso de que se ocasione algún perjuicio a la sociedad dominada por actuar sus administradores siguiendo las instrucciones recibidas de la sociedad dominante, ésta deberá abonar a aquélla una compensación adecuada.

2. Los administradores de la sociedad dominada deberán expresar en la Memoria la causa y la cuantía del perjuicio ocasionado a la sociedad por la ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante y la cuantía y condiciones de pago de la compensación”.

⁴ V. *Propuesta de código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, (Madrid 2013), pp. 362 a 368.

Por lo que se refiere a la Propuesta de Código mercantil, también es interesante recordar sus artículos 291-10 a 291-13:

“Artículo 291-10. Instrucciones a los administradores de la sociedad dependiente

1. Los administradores de la sociedad dominante tendrán la facultad de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la sociedad dependiente, aunque la ejecución de esas instrucciones pueda ocasionar un perjuicio a esta sociedad.

2. En ningún caso las instrucciones impartidas podrán ser contrarias a la Ley o a los estatutos de la sociedad dependiente ni poner en riesgo la solvencia de la propia sociedad.

Artículo 291-11. Perjuicio por ejecución de instrucciones

La existencia del perjuicio a la sociedad dependiente, por ejecución de instrucciones de los administradores de la sociedad dominante deberá determinarse teniendo en cuenta el conjunto de las ventajas y desventajas que tenga para la sociedad dependiente la pertenencia al grupo.

Artículo 291-12. Compensación adecuada a la sociedad dependiente

1. En el caso de que se cause algún perjuicio a la sociedad dependiente por actuar sus administradores siguiendo las instrucciones recibidas de la sociedad dominante, ésta deberá compensar adecuadamente a aquélla en el plazo máximo de un año. Si el perjuicio fuera objetivamente previsible, el plazo de un año se contará desde la fecha de la instrucción.

2. En el informe de gestión de la sociedad dependiente se expresarán la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del

perjuicio ocasionado a la sociedad por la ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante y las condiciones de la compensación.

Artículo 291-13. Responsabilidad por instrucciones perjudiciales

1. La sociedad dominante y sus administradores responderán solidariamente del perjuicio causado a la sociedad dependiente por las instrucciones impartidas a los administradores de ésta sin compensación adecuada.

2. Los administradores de la sociedad dependiente responderán solidariamente también con los administradores de la sociedad dominante y los administradores de ésta, a menos que prueben que han cumplido con el deber de información, así como que existen elementos objetivos para considerar que la compensación era adecuada y posible y que la ejecución de las instrucciones no ha puesto en riesgo la solvencia de la sociedad.

3. La acción de responsabilidad contra la sociedad dominante, contra sus administradores y contra los administradores de la sociedad dependiente podrá ejercitarse por cualquier administrador o por cualquier socio de la sociedad dependiente en defensa del interés social, o por cualquier acreedor en caso de insuficiencia del patrimonio de la sociedad”.

Cabe señalar la falta de esa solución legislativa general dado que las disposiciones existentes en materia de grupos son inútiles en relación con el concreto problema a resolver. Los grupos no han sido un asunto absolutamente desconocido para el ordenamiento. Encontraremos –luego citaré algunos ejemplos– varias disposiciones que se refieren a los mismos. Pero esas menciones ocasionales no impiden denunciar el absentismo normativo en la solución de los problemas societarios principales de los grupos. Un absentismo que no se ve paliado por los varios supuestos y momentos en los que el ordenamiento ha reconocido la realidad del grupo.

Probablemente porque no existía otra solución para una adecuada regulación de los problemas concretos o, simplemente, porque las normas a adoptar ya incorporaban al grupo como destinatario de las mismas (es el caso de la incorporación de determinadas disposiciones europeas).

Recordemos que la situación de los grupos no es satisfactoria desde el punto de vista normativo. El reconocimiento de la figura en nuestra legislación mercantil es ocasional, vinculado con frecuencia a la regulación contable o a disposiciones de naturaleza imperativa (con frecuencia, informativa) o supervisora, en las que, por ejemplo, la imposición de determinados deberes se extienden a una sociedad de capital y también al grupo en el que eventualmente pudiera estar integrada.

En nuestro Derecho de sociedades, uno de los pasos más destacables ha sido la inserción en la Ley de Sociedades de Capital (LSC) de un concepto de grupo e integrarlo en lo que cabe describir como la definición armonizada de nuestra legislación mercantil. La formulación de ese concepto de grupo resultaba un presupuesto imprescindible para la aplicación de esas disposiciones, lo que explica el artículo 18 LSC que, con buen criterio, contribuye a la unificación de ese concepto por medio de la remisión a la definición del artículo 42 del Código de Comercio. La misma remisión que, como se apuntó, contienen otras disposiciones mercantiles o de regulación económica. Mas al margen de esas disposiciones ocasionales o limitadas, persiste la falta en nuestro ordenamiento societario de una regulación de los grupos que afronte los grandes problemas que su existencia y funcionamiento plantean: la publicidad de la existencia del grupo, las relaciones entre las sociedades integradas en un mismo grupo, el significado de la unidad de dirección, la tutela de los socios minoritarios o la protección de los acreedores.

Al grupo lo encontramos tanto en soluciones especiales (por ejemplo, la que ofrecen los artículos 42 y siguientes del Código de Comercio –CCo– en materia de consolidación contable), como en aquellas soluciones específicas y dispersas que nos encontramos dentro de la propia LSC porque disposiciones de naturaleza sancionadora o definidoras de determinados deberes legales no podían desconocer lo que implica el grupo. Sirvan algunos ejemplos en la mente de todos: los negocios sobre las propias acciones (artículos 134 y ss. LSC), la delimitación de la figura del administrador de hecho y la referencia a la persona (física o jurídica) bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de una sociedad (art. 236 LSC), el propio régimen de las sociedades cotizadas (ver el art. 529 duodecies LSC en materia de consejeros independientes o el art. 540 LSC al establecer el contenido del informe anual de gobierno corporativo).

Las referencias a los grupos en la legislación por supuesto que también afloran con intensidad en lo que podríamos llamar las soluciones sectoriales es decir, las que no pueden ignorar la existencia del grupo por ser un presupuesto esencial para la efectividad de la supervisión consolidada.

4. EL VALOR DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN ESTA MATERIA.

Ante esa situación normativa, el papel de la jurisprudencia es el que ilustra la Sentencia que nos ocupa. Un papel que va más allá de una función meramente complementaria. La ley no ofrece a nuestros tribunales un marco de desarrollo de su función que permita contar siquiera con principios generales definidos de la disciplina de los grupos de sociedades. Esa falta de referencias normativas fundamentales da lugar a que la doctrina jurisprudencial, a través de Sentencias como la de 11 de diciembre de 2015, se convierta en una genuina aportación constructiva de determinados principios aplicables a los grupos. La Sentencia se adentra en tres grandes

aspectos de todo grupo societario: su propio funcionamiento, los deberes de los administradores y las relaciones intra grupo.

5. EL CASO RESUELTO POR LA STS DE 11 DE DICIEMBRE DE 2015: DESCRIPCIÓN.

Vayamos con la Sentencia de 11 de diciembre de 2015. Los antecedentes aparecen detallados en el fundamento jurídico primero de la Sentencia y el hecho principal que debe subrayarse es que en el marco de un grupo de sociedades se llevó a cabo la transmisión o traspaso de clientela desde una sociedad a otra. Ambas sociedades pertenecían a un mismo grupo de estructura horizontal, en cuyo seno ya se había ejecutado anteriormente un traspaso similar entre otras sociedades.

Para justificar ese traspaso se invocó la concurrencia de un interés del grupo. La ejecución de esa operación llevó a uno de los socios de la sociedad cedente a plantear en su junta general el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra sus administradores (que también eran socios). Rechazado el ejercicio de la acción por la propia sociedad, fue el socio proponente el que interpuso la correspondiente demanda de acción social que llevó a una Sentencia desestimatoria de la demanda dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona.

El recurso de apelación fue parcialmente estimado por la Audiencia Provincial de Barcelona. De nuevo a partir del resumen que contiene la Sentencia del Tribunal Supremo, cabe destacar que la Sentencia de la Audiencia Provincial contó con el voto particular de uno de los miembros del Tribunal y, en lo que me parece especialmente significativo al analizar el caso, que son varios los aspectos en donde la valoración de la prueba por parte del Tribunal es contraria a la practicada por el Juez de lo Mercantil. El

Tribunal barcelonés entendió acreditado el daño derivado de la transmisión de clientela, que no consideró compensado por determinadas ventajas derivadas de la pertenencia al mismo grupo que la sociedad beneficiaria de esa transmisión y condenó al administrador. Este criterio fue compartido por el Tribunal Supremo al resolver el correspondiente recurso de casación. El párrafo conclusivo de su razonamiento jurídico confirmó la responsabilidad del administrador demandado y responsable de la decisión cuestionada: *“En el presente caso, la actuación del administrador demandado, al desviar a otra sociedad del grupo la mayor parte de la clientela que había logrado captar la sociedad de la que era administrador, no solo ha provocado un daño patrimonial claro a dicha sociedad, sino que ha puesto en serio peligro su viabilidad y solvencia, al provocar que la sociedad haya entrado en pérdidas de cuantía considerable durante los ejercicios siguientes a la actuación cuestionada, lo que puede dar lugar a la desaparición de la sociedad, en vez de haber procedido en su momento a realizar una disolución y liquidación ordenada que hubiera respetado el derecho a la cuota liquidativa del socio”*.

6. EL ABANDONO DE LA VISIÓN PATOLÓGICA DEL GRUPO.

Antes de entrar en la referencia particular a hechos y fundamentos jurídicos concretos que han sido relevantes en la decisión del caso anteriormente expuesto, cabe destacar una suerte de criterio implícito que sobrevuela el razonamiento jurisprudencial. Me refiero a la normalidad con que en la Sentencia (también en las antecedentes sentencias de los Tribunales de distancia) se admitía lo que cabe enunciar como el normal y conflictivo funcionamiento del grupo de sociedades. ¿Qué cabe destacar al respecto? El abandono de la que ha sido descrita como la visión patológica de los grupos de sociedades. Son frecuentes las aproximaciones que en distintos litigios y jurisdicciones se realizan hacia el hecho del grupo desde una contemplación

peyorativa, en la que prima la consideración de que se trata de complejas e intrincadas estructuras, que albergan la intención de alterar o enmarañar las relaciones de propiedad y administración. Sin caer en ese prejuicio, la Sentencia de 11 de diciembre de 2015 lleva a cabo una aproximación objetiva al problema partiendo de la existencia de un grupo como una circunstancia que puede merecer una justificación empresarial plenamente razonable.

7. LAS INSTRUCCIONES QUE CONCRETAN LA RELACIÓN DE GRUPO

El particular supuesto enjuiciado nos devuelve a las grandes categorías problemáticas de la teoría de los grupos. Partimos de una estructura societaria inspirada en una relación de jerarquía o dominio, que se concreta a través de un ejemplo rotundo de la influencia de la sociedad dominante. En un momento determinado, ésta decidió irrumpir en la actividad comercial de sus sociedades dependientes ordenando el traspaso de la clientela de una de ellas a favor de otra. La claridad del supuesto ilustra de manera llamativa el significado del control societario o de la influencia externa en la actividad de una sociedad de capital. En este supuesto las concretas instrucciones de traspaso de la clientela resultaban abiertamente lesivas para la filial a la que se imponía. Pocas decisiones aparecerán con un impacto tan directo y lesivo para una sociedad como la que le exige que renuncie a su clientela. Dejemos a un lado el eterno debate sobre si en la gestación de esa clientela había sido relevante la aportación del grupo y sus productos o la gestión y desempeño de la filial. La instrucción enjuiciada implicaba una imposición: ceder esa clientela a otra empresa. Una renuncia que, al menos en el corto plazo, suponía para la sociedad destinataria de esa orden del grupo tener que replantear toda su actividad comercial. La valoración de esa circunstancia no impidió al Juzgado considerar que la acción de responsabilidad no debiera prosperar porque la actuación del demandado

debiera analizarse en el marco específico de las relaciones de grupo. Si existe control y unidad de decisión, la impartición de instrucciones a las distintas sociedades integradas en el mismo parece algo previsible. Instrucciones que en unas ocasiones pueden parecer o ser abiertamente lesivas para una concreta sociedad, pero cuyo análisis no puede desconocer la existencia de otras instrucciones precedentes con un contenido favorable para esa misma sociedad. Con ello se apunta a la doctrina de las llamadas ventajas compensatorias, expresamente reflejada en el razonamiento de la Sentencia del Juzgado en el párrafo siguiente: *“Es consustancial al grupo de sociedades la existencia de órdenes perjudiciales para una sociedad integrante del mismo, en interés del grupo o de otra sociedad filial. En el marco de la actuación de un grupo empresarial no se produce automáticamente una indemnización como consecuencia de los perjuicios que una sociedad del grupo haya podido sufrir a raíz de una decisión de la matriz sino que se pueden compensar dichos perjuicios con los beneficios que también haya podido obtener aprovechándose de su condición de sociedad filial y por tanto lucrándose con las sinergias que proporciona el grupo. El perjuicio para el socio externo de la sociedad filial por la consecución prioritaria del interés de la sociedad matriz no lo es tal si previamente resultó beneficiado en la misma por una decisión del grupo.”*

8. LAS VENTAJAS COMPENSATORIAS Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

El planteamiento y criterios adoptados por el Juzgado fueron aceptados tanto por la Audiencia Provincial, como por el Tribunal Supremo. En el razonamiento de sus respectivas sentencias ocupó un lugar central la doctrina de las ventajas compensatorias ya señalada. Sucedió, sin embargo, que la Audiencia no compartió la valoración de la prueba del Juzgado, revocando su sentencia y estimando la demanda. El Tribunal Supremo confirmó esta última.

La teoría o doctrina de las ventajas compensatorias fue acuñada por algún cualificado autor italiano⁵ e influyó de alguna forma en la introducción del artículo 2497 del código civil⁶ y acogida entre nosotros en algún estudio de obligada consideración en relación con los grupos de sociedades⁷. La citada doctrina parte de la normalidad de los conflictos intragrupo, que son consecuencia del control o jerarquía inherentes a las estructuras societarias verticales. En la Sentencia se toma en consideración esa doctrina. Por ser las instrucciones del grupo expresión del funcionamiento de éste y origen de conflictos previsibles, el análisis de la solicitud de los actos ejecutados

⁵ MONTALENTI, V. su trabajo inicial "Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi", en VV.AA. *Il gruppi di società (Atti del convegno internazionale di studi)*, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, II, Giuffré, Milano 1996, pp. 1627 y ss.

⁶ "Artículo 2497 *Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.*

Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario".

⁷ FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Cizur Menor 2007, p. 151 y ss.

reclama atender al sacrificio que se impone a una sociedad y también a la justificación o reparación que ésta puede recibir en forma de compensación. Para el Juzgado, la aplicación de la indicada doctrina llevó a la desestimación de la demanda al entender que no había existido perjuicio en la actuación de los administradores de la sociedad filial que ejecutaron la cesión de la clientela, dado que la sociedad cesonaria había obtenido distintos beneficios derivados de las llamadas sinergias del grupo.

Como ya se advirtió, la conclusión de la Audiencia Provincial fue radicalmente opuesta a la del Juzgado. Esa revocación del criterio revisado se basó, ante todo, en la valoración distinta de la prueba disponible y del supuesto de hecho, sin poner en cuestión la aplicabilidad de la doctrina de las ventajas compensatorias. Lo que hizo la Audiencia Provincial de Barcelona fue adentrarse en la forma en que la sociedad filial administrada por los demandados había procedido a dotarse de una clientela propia que fue la afectada por la indicación de traspaso a favor de otra sociedad. Examinado ese hecho, la Audiencia consideró que las ventajas comerciales iniciales de las que pudiera haber sido beneficiaria la primera sociedad no eran resultado exclusivo y directo de la actuación del grupo, sino de un esfuerzo comercial propio de dicha filial. Cualquiera que hubiera sido la contribución del grupo a los resultados de la filial, no habría compensado de manera suficiente las pérdidas que siguieron para la filial como consecuencia del desvío de la clientela. La Audiencia destacó en tal sentido la sostenida reducción del volumen de negocio en los ejercicios posteriores a la cesión de clientela.

Tal y como también se anunció, ese mismo criterio fue acogido por el Tribunal Supremo. En la interesante fundamentación jurídica de la Sentencia de casación son varios los lugares en los que se hace referencia a la compleja confluencia de distintos intereses en el seno de un grupo de

sociedades, y al criterio que debe permitir la legítima aplicación de unos en detrimento de otros. El Tribunal Supremo indica que forma parte del grupo la discrepancia o la abierta contradicción entre el interés del grupo y el interés particular de una o varias de las sociedades vinculadas. La existencia del grupo reclama la búsqueda del equilibrio razonable entre esos intereses, de manera que a la vez sea posible lo que describe como “*el funcionamiento eficiente y flexible de la unidad empresarial que supone el grupo de sociedades*”, sin que se produzca lo que utilizando su propia terminología califica como “*el expolio de las sociedades filiales y la postergación innecesaria de su interés social*”. Es cierto que la protección de este último interés no atiende únicamente a la tutela de los accionistas minoritarios (o si se prefiere, a los socios externos al grupo), sino también a los acreedores de todo tipo que participan en la actividad de esa sociedad filial. ¿Cómo conseguir ese equilibrio o balance? El Tribunal Supremo confirma que tal solución puede venir a partir del análisis y la confirmación de la existencia de ventajas compensatorias, como una circunstancia de hecho que justifique que lo que de ser considerado de manera separada o aislada pudiera suponer un perjuicio para una determinada sociedad, encontraría sin embargo una justificación en esa compensación. Analizando el núcleo del razonamiento jurisprudencial, las ventajas compensatorias requieren la búsqueda de un balance, que tomando en cuenta un resultado negativo para una sociedad filial, y asumiendo que determinadas ventajas o prestaciones que el grupo ha realizado son verificables y no meramente teóricas, justifican el reconocimiento de la primacía del interés del grupo como paso previo a la aceptación de un concreto sacrificio por la filial. Los supuestos beneficios que conlleva la política del grupo deben contar con una justificación razonable y adecuada de los daños que haya podido padecer una determinada sociedad filial. Esos daños reclaman que las ventajas compensatorias tengan igualmente un valor económico y que guarden una adecuada proporción con el perjuicio derivado de la aplicación de la política.

Sólo partir de ahí podrá admitirse que tal daño tuvo una justificación.

Continuando con el razonamiento del Tribunal Supremo nos encontramos con otro argumento adicional. Cualquiera que sea el alcance del interés del grupo, la urgencia de éste no puede traducirse en políticas comerciales o de distinta naturaleza que terminan poniendo cuestión la viabilidad y solvencia de las sociedades filiales.

Las ventajas compensatorias no son simplemente relevantes a la hora de analizar la actividad eventualmente contrapuesta entre la sociedad matriz y su participada o entre varias sociedades pertenecientes al mismo grupo. Lo decisivo es que las instrucciones del grupo reclaman una conducta activa por parte de los administradores de las sociedades filiales, que son quienes deben ejecutar tales instrucciones. De esta forma, la aplicación de la repetida doctrina de las ventajas compensatorias nos sitúa ante la cuestión de la responsabilidad de aquellos administradores.

9. GRUPO DE SOCIEDADES Y DEBER DE LEALTAD

Así pues, la ejecución por una sociedad filial de las instrucciones del grupo conduce a analizar la compatibilidad entre esa ejecución y el deber de lealtad de los administradores que participan en ella. Puede afirmarse, igualmente, que lo que se propone es examinar en qué medida la aplicación de las ventajas compensatorias puede actuar como causa de exoneración de responsabilidad por los administradores de la sociedad filial obedientes de aquellas instrucciones. En el caso que analizamos se concluyó que el administrador había actuado con deslealtad, provocando un daño a la sociedad y que, en definitiva, debía compensar por ello. La acción de responsabilidad entablada sólo contra los administradores de la sociedad filial, invita a apuntar, sobre todo a la vista de la ampliación de la

responsabilidad societaria hacia la figura del administrador de hecho, la eventualidad de que el grupo aparezca como sujeto pasivamente legitimado para ser el destinatario de la correspondiente acción de responsabilidad. Cuestión que parece incuestionable que debe ser respondida en sentido afirmativo, teniendo presente que la consideración como tal administrador de hecho se asigna a todo sujeto “*bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*” (art. 236.3 LSC).

La delimitación y fundamentación del deber de lealtad esta basada en una relación bilateral entre el administrador y la sociedad administrada. La exigencia de dicho deber atiende a la defensa del interés concreto de esa sociedad. Ese diseño puede aparecer como insuficiente cuando el deber de lealtad ha de ser aplicado en el ámbito objetivamente más amplio que para la actuación de los administradores reclama el funcionamiento de un grupo de sociedades. Es frecuente que en esa perspectiva más amplia de los deberes de los administradores, las referencias para el adecuado desempeño del cargo de administrador excedan el concepto limitado del interés social y lleven a invocar un criterio de mayor alcance: el interés del grupo como baremo de un hacer leal. Es lo que sucedió en el presente caso.

La sentencia de la Audiencia Provincial abordaba la cuestión indicando que el deber de lealtad, “*que como patrón permanente de conducta se impone a los administradores, se refiere al interés de la sociedad que administran, no a otras, aunque pertenezcan al mismo grupo, ni a otros intereses formalmente ajenos*”. Esa argumentación es acogida por la Sentencia del Tribunal Supremo, que se adentra en la trascendencia que puede tener el interés del grupo como uno de esos intereses formalmente ajenos al interés social de la sociedad administrada. Del razonamiento del Tribunal Supremo reclama un detenido análisis la valoración que realiza de ese interés del grupo como criterio de valoración de decisiones o acuerdos con efectos lesivos para una

sociedad filial. Atendiendo a la fundamentación jurídica de la Sentencia, dicho interés no se convierte en una suerte de título cuya mera invocación pueda justificar el daño causado a una sociedad dependiente de la que imparte las instrucciones que terminan provocando ese resultado dañino. La pertenencia a un grupo de sociedades no está reñida con la identidad de cada una de las sociedades integradas en el grupo. Es evidente, cabe apuntar, que esa identidad y autonomía estarán directamente condicionadas por el porcentaje del capital social de la sociedad participada en poder del grupo. No cabe defender con idéntica intensidad la autonomía de una sociedad íntegramente participada por la sociedad matriz, que la de aquella sociedad que estando integrada en el grupo, tiene el 45% del capital social en manos de una pluralidad de socios externos al grupo de sociedades. En situaciones de unipersonalidad, es obvio que las decisiones del grupo no afectarán a los intereses de los accionistas. Lo harán, en efecto, a los intereses de los acreedores de las distintas sociedades. Cuando, sin embargo, el grupo comparte el capital de la filial con otros accionistas, la política del grupo no puede ignorar los intereses de éstos, al igual que los de los acreedores. Los riesgos son conocidos y pueden consistir en operaciones que siendo ventajosas para el grupo (o para la sociedad dominante), implican un evidente perjuicio para la sociedad filial. Menciona la Sentencia el riesgo cierto de usar el interés de grupo como justificación para expoliaciones de activos, ingresos o beneficios en perjuicio de la sociedad participada y de sus accionistas externos o minoritarios, o para atribuir a ésta pasivos o contingencias con idéntico resultado lesivo, lo que en la literatura anglosajona se resume con el término de *tunneling*.

Pues bien, advierte el Tribunal Supremo que con respecto a la sociedad filial no solamente es preciso recordar la permanencia de su personalidad jurídica, sino también la de unos objetivos concretos y de un interés social específico. Éste último podrá estar matizado por el interés del grupo y podrá

legítimamente, continúa el Tribunal Supremo, conducir a valorar una situación lesiva para la filial teniendo en cuenta otras ocasiones en que esa misma ponderación y preferencia del interés del grupo se han traducido en resultados favorables para la sociedad filial, lo que nos devuelve a la teoría de las ventajas compensatorias. Mas esto último no permitirá que el interés social de cada una de las sociedades vinculadas resulte diluido o eliminado, convalidando la alegación del interés del grupo cualquier actuación lesiva para la sociedad filial por el simple hecho de que favorezca al grupo en el que se encuentra aquella integrada.

El daño derivado de ese tipo de actuaciones dará lugar a una responsabilidad de los administradores responsables de la puesta en práctica de aquellas. La integración en un grupo no hace que se vea alterado el ámbito de la responsabilidad de los administradores de la sociedad filial. A estos cabe exigirles el respeto hacia los deberes que la LSC establece para los administradores de cualquier sociedad. Termina el Tribunal Supremo señalando que ni el interés del grupo es absoluto, ni puede justificar un perjuicio injustificado a los acreedores y a los demás accionistas de la sociedad filial extraños al propio grupo. Las instrucciones que son concreción de la dirección unitaria del grupo (cfr. art. 42 CCo) no operan como un elemento de exoneración o atenuación de la responsabilidad del administrador. Afirma la Sentencia que éste no puede invocar una especie de “obediencia debida” en el ámbito mercantil que sirva para legitimar los daños a los intereses de la sociedad administrada. La defensa de esos intereses es permanente y, añadimos como reflexión final, deberá pasar el examen de la compensación entre el daño ocasionado por las instrucciones impartidas y atendidas y los beneficios que de forma paralela, previa o posterior a la ejecución de esas instrucciones hubiere obtenido la sociedad filial.

10. RECAPITULACIÓN

Esta breve reflexión habrá cumplido su propósito si ha servido para alertar sobre el interés de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015. Una resolución que se adentró con profundidad en uno de los problemas fundamentales de todo grupo de sociedades, cual es el de cómo combinar el funcionamiento de cada una de las sociedades vinculadas con los principios del régimen legal aplicable. En esta ocasión se ha relacionado uno de los deberes esenciales de la administración, como es el de lealtad, con la gestión que se desarrolla en situaciones de contradicción entre la sociedad administrada y la dominante. El conflicto llevó al Tribunal Supremo a analizar el concepto del interés de grupo y a matizar la validez del mismo como criterio de actuación y responsabilidad de los administradores.